

**ÇALIŞMA YAŞAMINDA YAŞ AYRIMCILIĞI VE AMERİKA BİRLEŞİK
DEVLETLERİ'NDE YAŞ AYRIMCILIĞI DÜZENLEMESİ ÜZERİNE**

DOÇ.DR. DİLEK BAYBORA

ANADOLU ÜNİVERSİTESİ

İİBF.

ÇALIŞMA EKONOMİSİ VE ENDÜSTRİ İLİŞKİLERİ BÖLÜMÜ

Adres: Anadolu Üniversitesi

İİBF.

Eskişehir

Tel : 0-222-3350580/3245

Faks: 0-222-3350595

Mail: dbaybora@anadolu.edu.tr

ÇALIŞMA YAŞAMINDA YAŞ AYRIMCILIĞI VE AMERİKA BİRLEŞİK DEVLETLERİ'NDE YAŞ AYRIMCILIĞI DÜZENLEMESİ ÜZERİNE

ÖZET

Ayrımcılık, kişilere, bazı kişisel özellikleri veya belirli sosyal gruplara üye olmaları nedeniyle farklı ve haksız davranılmasıdır. Dezavantajlı bazı kişileri veya grupları etkileyen süreçlerden oluşmaktadır, tanımlanması da zor ve açık değildir. Çalışma yaşamında kişilere yaşları nedeniyle diğer kişilerden farklı davranılmasına yönelik önlemler alınmakla birlikte yaş ayrımcılığı varlığını sürdürmektedir. Amerika Birleşik Devletleri'nde uzun bir süredir uygulanan yaş ayrımcılığı düzenlemeleri bulunmaktadır. Yapılan düzenlemelerle kişilerin çalışma yaşamında yaşları nedeniyle ayrımcı davranışlarla karşılaşmaları önlenmek istenmektedir.

Anahtar Kelimeler: Ayrımcılık, yaş ayrımcılığı, ABD'de yaş ayrımcılığı

ABSTRACT

Discrimination is treating some people differently and unfair because of their personal characteristics or because they are members of certain social groups. It is composed of process that affect certain disadvantaged people or groups and it does not have an easy or clear definition. Even though in working life precautions are taken to prevent treatment of people differently because of their age, age discrimination still subsists. In United States of America, there are age discrimination regulations that have been in effect for a long time. The aim of these regulations is to prevent discriminating acts against people because of their ages.

Key Words: Discrimination, age discrimination, age discrimination in USA

1. GİRİŞ

Ayrımcılık, kişilere bazı kişisel özellikleri veya belirli sosyal gruplara üye olmaları nedeniyle farklı ve haksız davranma eylemi olarak karşımıza çıkmaktadır. Yaş ayrımcılığında, kişilere yaşları nedeniyle diğer kişilerden farklı davranılması söz konusu olmaktadır. Çalışma yaşamında her yaş grubundan olan kişilerin yaş ayrımcılığı ile karşılaşması mümkün olmakla birlikte yaşlı işçilerin yaş ayrımcılığıyla genç işçilere kıyasla daha fazla karşılaştıkları görülmektedir. Dünyada nüfusun yaşlanıyor olması nedeniyle kişileri daha uzun süre çalışma yaşamında tutabilmek amacıyla ülkeler iç mevzuatlarında yaş ayrımcılığı düzenlemelerine yer vermektedirler. Bazı ülkelerde belirli yaşın üzerindeki kişileri yaş ayrımcılığından korumak için düzenlemeler yapılırken, bazı ülkelerde herhangi bir yaş sınırı bulunmaksızın her yaş grubundan kişileri yaş ayrımcılığından korumak amacıyla düzenlemeler yapılmaktadır. Amerika Birleşik Devletleri, ilk yolu izleyen yani belirli bir yaşın üzerindeki kişileri yaş ayrımcılığından korumaya yönelik düzenleme yapan bir ülke olarak karşımıza çıkmaktadır.

Çalışmamızda, ayrımcılık ve yaş ayrımcılığı kavramları üzerinde durulduktan sonra ABD’de yaş ayrımcılığı düzenlemeleri üzerinde durulacaktır.

2. AYRIMCILIK

Kişisel düzeyde davranışlar, belirli zamanda belirli bir kültürde büyüyen davranış içinde oluşturulmaktadır. Kişiler, büyürken kendilerine ait bir bakış açısı oluştururlar ve onlar için önemli olanları düzenlemeye başlarlar. Aynı zamanda kişiler çevresinde olanlardan, medya, aile, öğretmenler ve benzer etmenlerden gelen mesajlardan da etkilenirler. Bu gelen mesajlarla kişiler, kültürleri içinde kabul edilebilir ve edilemezler hakkında bilgi sahibi olurlar¹ ve kişiler sahip oldukları bu bilgiler çerçevesinde olayları değerlendirirler. Bu değerlendirmeler çerçevesinde de günlük yaşam içinde yargılamalar yapılmaktadır ve kültürel düzeyde baktığımızda önyargılar genellikle kişiler hakkında negatif yargıları içermektedir².

¹ Sue Thompson. (2005); *Age Discrimination*, Russel House Pub., Oxford, s.9.

² Thompson, s.8.

Ayrımcılık, tanımlanması zor olan bir ölçüttür ve açık değildir. Yavaş yavaş değişen önyargı ve davranışların bir yansıması olarak farkında olmadan gerçekleşebilir³. Ayrımcılık, bir süreç veya daha doğru bir şekilde ifade edilecek olursa dezavantajlı bazı kişileri veya grupları etkileyen süreçlerden oluşmaktadır⁴. Kişilere, bazı kişisel özellikleri veya belirli sosyal gruplara üyelikleri nedeniyle farklı ve haksız bir şekilde davranma eylemi olarak karşımıza çıkmaktadır. Ayrımcı davranışlar, birçok şekilde olmakla birlikte hepsi dışlama ve kabul etmeme şeklindeki davranışların bazı formlarını içermektedir.⁵

Ayrımcılık kavramının sık sık bireysel düşünce veya hareket düzeyinde olduğu ifade edilmektedir. Ayrımcı davranış ve uygulamalar, toplumun yapısına ve onun kurumlarının içine yerleşmekte ve faaliyette bulunmaktadırlar. Kurumsal politika yapılan tüm alanlarda ve uygulamalarda kasıtlı olmasa bile ayrımcı davranışların olduğu görülebilir. Ancak bazı olaylarda, ayrımcı davranışlar kasıtlı ve açıkça yapılmaktadır. Bu durumun sonucu, bazı gruplara diğerlerinden daha az hoş giden şekilde davranılması olarak karşımıza çıkmaktadır⁶. Kanuni olarak dava edilebilir ayrımcılık, yasaklanan davranışın kanuni olarak korunan sınıfın bireylerine karşı yapılmasını ifade etmektedir. Ayrımcılık kanunları, kanunlar altında korunan kişileri tanımlamaktadır⁷.

İstihdamda ve çalışma yaşamında ayrımcılık, evrensel bir düzeyde kınanmakla birlikte dünyada işgücü piyasalarında varlığı devam etmektedir⁸. Çeşitli şekillerde ve birçok yolla ortaya çıkabilen çalışma yaşamında ayrımcılık, bir kişiye kişisel özelliklerine bağlı olarak ve kişinin sahip olduğu özelliklerinin işin gereklerine uyup uymadığından bağımsız olarak farklı muamele yapılması anlamına gelmektedir. Farklı muamele, kişiyi dezavantajlı duruma düşürmekte ya da o kişinin toplumun diğer üyelerinin yararlanabildiği imkânlardan yararlanmasını sınırlamaktadır. Ancak, kişisel özelliklere dayalı olarak farklılaşmaların hepsinin ayrımcılık olarak kabul edilemeyeceği de ifade edilmektedir. İşin niteliklerinden kaynaklanan farklı muamele, adil ve etkin olarak kabul edilmektedir. Aynı şekilde,

³ 'Briefing Experience of Age Discrimination: the Evidence' (Bazı kaynaklar internet ortamından sağlandığı için sayfa numarası verilememektedir).

⁴ Thompson, s.3.

⁵ 'Employment Discrimination'; 'Understanding Discrimination'.

⁶ Thompson, s.7-8.

⁷ 'Discrimination Law'.

⁸ Manuela Tomei (Çev. Şerife Geniş). (Kasım 2004); 'Çalışma Hayatında Ayrımcılık ve Eşitlik: Kavramsal Bir Değerlendirme', Sendikal Notlar, S.24, s.57.

belirli bir gruptaki kişilerin muamele ve fırsat eşitliğini garanti altına almak amacıyla özel önlemlerle korunmasının da ayrımcılık olarak düşünülmemeyeceği belirtilmektedir⁹. Çalışma yaşamında kanun dışı ayrımcılık, işverenin işçiye karşı işçinin ırk, renk, dini inanış , yaş, cinsiyet veya özürlülük temelinde farklı davranışta bulunduğu ortaya çıkmaktadır¹⁰. Ayrımcılık, kişi iş ararken, çalışırken veya işten ayrılırken ortaya çıkabilir. Oysa herkesin bir iş bulma konusunda eşit şansa sahip olması gerekir. Yani kişilerin, iş bulma konusundaki şansları başka kişilerin önyargılarına bağlı olmamalı, kişiler çeşitli nedenlere bağlı olarak ayrımcılıkla karşılaşmamalıdır¹¹. Aynı şekilde çalışırken kişinin ilerlemesinde, alacağı ücret ve yardımlarda ve işten ayrılırken de herkesin eşit şansa sahip olması gerekir.

Yapısal ayrımcılık, ayrımcı uygulama ve sonuçları yansıtan ve tekrarlayan sosyal modellerde, örgütsel yapı ve kanuni uygulamalarda içselleştirilmiş veya kurumsallaştırılmıştır. Ayrımcılığın her türü, dezavantajlı konumda olan kişilerin belirli bir durumda ayrımcılığın kurbanı olduğu yerde haksız etkiler yaratmaktadır. Bu durum, işyerinin performansı ve refahı açısından olumsuz sonuçlarla birlikte kişilerin çalışmasında ve performansında daha düşük motivasyon, daha düşük verimlilik ve işyerinde gerilim anlamına gelmektedir. Keyfi kısıtlamalar olmaksızın eşit muamele ve fırsatları destekleyen ve işte ayrımcılığı önleyen insan kaynakları uygulamaları ve ilkeleri sadece kişiler için aynı zamanda işyeri için de yararlıdır. İşyerinde karşılaşılan sert ve sürekli ayrımcılık, fakirlik ve sosyal dışlanmaya da katkıda bulunmaktadır¹². Birçok ülke, ayrımcılığı yasaklayıcı düzenlemeler yapmaktadır. Ayrımcılığı ortadan kaldırmak, engelleri kaldırmak ve birçok alanda eşitliği sağlamakla mümkün olabilir¹³.

Uluslararası Hür Sendikalar Konfederasyonun (the International Confederation of Free Trade Unions-ICFTU) 5-10.12.2003 tarihinde toplanan 18. Dünya Kongresinin ayrımcılıkla ilgili karar metninde ayrımcılığın, kişilerin kendi potansiyellerini gerçekleştirmekten, ekonomik, sosyal, kültürel,

⁹ 'Time for Equality at Work'. (2003); International Labour Conference 91st Session 2003 Report I(B), ILO, Geneva, s.1; 'Equality at Work: Tackling the Challenges'. (2007); International Labour Conference 96th Session 2007 Report I(B), ILO, Geneva, s.9; Tomei, s.58, 61-62.

¹⁰ 'Employment... '.

¹¹ Matt Cavanagh. (2003); *Against Equality of Opportunity*, Clarendon Press, Oxford, s.153.

¹² 'Equality... ', s.9-10; Tomei, s.59.

¹³ 'Elimination of Discrimination in Respect of Employment and Occupation'.

siyasal gelişmelere katkı yapmaktan alıkoyacağı ifade edilmiştir. Sistemli ayrımcılığın fakirlik ve toplumsal dışlanma ile yakından ilişkili olduğu belirtilmiştir¹⁴.

İstihdamda ayrımcılık, doğrudan ayrımcılık veya dolaylı ayrımcılık şeklinde karşımıza çıkabilir.

2.1. Doğrudan Ayrımcılık

Doğrudan ayrımcılık, kanunların, kuralların veya uygulamaların bazı bireyleri açık bir şekilde yalnızca belli bir grubun üyeleri olmaları nedeniyle dışlaması veya tercih etmesidir. Mesela, iş ilanlarında belirli bir yaşın üzerindeki kişilerin başvurmamasının ifade edilmesi doğrudan ayrımcılıktır. Doğrudan ayrımcılığın, dolaylı ayrımcılıktan çok daha kolay belirlenebildiği söylenebilir¹⁵. Doğrudan yaş ayrımcılığı iddiasını oluşturmak için davacının kendisine benzer bir durumda bulunan bir başka kişiden farklı davranıldığını göstermesi gereklidir¹⁶.

2.2. Dolaylı Ayrımcılık

Dolaylı ayrımcılık, tarafsız görünmekle birlikte uygulamada açık olarak belli bir grubun üyelerini etkileyen kurallar, işlemler veya uygulamalar olarak karşımıza çıkmaktadır. İş saatleri dışında mesela, hafta sonları veya günün ilerleyen saatlerinde örgütsel eğitim kurslarına ilgisi olan işçilerin bu eğitimlerden hariç tutulması şeklinde olabilir. Sosyal yardım veya ödemelerde bazı gruptaki işçilere farklı muamele de dolaylı ayrımcılığın bir parçasıdır. Ayrımcı bir uygulama veya kriter yoksa veya önemli ayrımcı etki görülemiyorsa veya uygulama için işle veya yönetimle ilgili objektif bir gerekçe varsa o zaman ihlal söz konusu değildir. Dolaylı ayrımcılığın varlığını ispatlayabilmek zor olabilmektedir¹⁷. Birçok kriter ve uygulama, teorik olarak dolaylı yaş ayrımcılığının sonuçlarını doğurabilir¹⁸. Bu nedenle dikkatli olunması gerekir.

¹⁴ 'Ayrımcılığa Karşı Etkili, Sürekli ve Ortak Mücadele' (Çev. Mustafa Kemal Coşkun). (25 Şubat 2005) Uluslararası Hür Sendikalar Konfederasyonu 18. Dünya Kongresi Miyazaki, 2–10 Aralık 2004, Sendikal Notlar, S.25, s.106.

¹⁵ 'Equality...' , s.9–10; Tomei, s.59; 'Elimination...' ; 'Time...' , s.19.

¹⁶ 'Age Discrimination and European Law, Fundamental Rights&Anti-Discrimination'. (April 2005); European Commission.

¹⁷ Bob Hepple. (2001); 'Equality and Empowerment for Decent Work', International Labour Review, Vol.140, No.1, s.7; 'Equality...' , s.9–10; Tomei, s.59; 'Time...' , s.20, 36; 'Elimination...' .

¹⁸ 'Age...' .

3. YAŞ AYRIMCILIĞI

Ayrımcılık, yukarıda da ifade edildiği gibi bazı kişilere diğerlerinden farklı davranılması anlamına gelmektedir. Bu, her zaman kanun dışı bir durum değildir. Kişiler, pozisyonlarına ve niteliklerine bağlı olarak farklı ücret alabilirler. Bununla birlikte, kanunlarda yapılan düzenlemelerle işverenlerin ayrımcı davranamayacağı bazı durumlar bulunmaktadır¹⁹.

Sanayileşmiş ülkelerin demografik yapısındaki değişiklikler nedeniyle toplumların yaşlanması söz konusudur. Yaşlılığın, çok sayıda kişiyi etkilemesi nedeniyle küçük bir azınlıkla veya belirli bir dönemle ilgili değildir. Ciddi sosyal bir sorun olarak değerlendirilebilir²⁰. Bu durum işgücü piyasasında, yaşın önemini daha iyi anlamayı gerektirmektedir. Eurolink, “yaş ayrımcılığı kavramı, ayrımcılık için yaşın kullanımının haksız olduğu ve yaşlı işçilere haksız muamele durumlarında uygulanır” şeklinde yaş ayrımcılığının tanımını yapmıştır²¹. Yaş ayrımcılığı, yeni bir olgu değildir. İstihdamda yaş ayrımcılığı konusunda hem Amerika’da hem de İngiltere’de, 1920’lerden, 1930’lardan beri tartışmalar bulunmaktadır²².

Yaş ayrımcılığı, çalışma koşullarında esaslı değişikliklerin olduğu Sanayi Devrimi sonrasındaki dönemde özellikle 19. yy.’ın sonlarında doğmuştur. Bu dönemdeki çalışma koşullarının özellikle yaşlı işçilere uymaması nedeniyle yaşlı işçiler, üretimin taleplerini karşılayamamaları sonucunda uzun yıllar çalışmış olmalarına rağmen işten çıkarılmışlardır. Bu şekilde işten çıkarılan 50 yaşındaki işçiler başka bir iş bulmak konusunda da büyük güçlüklerle karşılaşmışlardır²³. Tuckmann ve Loge 1952 yılında, “İşte ve sanayide 45 yaş ve üzeri kadın ve erkeklerin, yaşlı işçilerin işe alınmalarında, yükselmelerinde ve işte tutulmalarında önemli sınırlamalar vardır” diyerek bu durumu ifade etmişlerdir²⁴.

Yaş ayrımcılığının yukarıda ifade edildiği gibi bir geçmişi bulunmakla birlikte haksız ayrımcılığın bir nedeni olarak yaşın, ırk ayrımcılığının ve cinsiyet ayrımcılığının ulaştığı noktaya ulaşınca kadar

¹⁹ http://www.direct.gov.uk/en/Employment/Employees/DiscriminationAtWork/DG_10026557 (23.02.2007).

²⁰ Thompson, s.59.

²¹ Victoria Büsch-Manfred Königstein. (July 2001); ‘Age Discrimination in Hiring Decisions a Questionnaire Study’.

²² John Macnicol. (2006); *Age Discrimination An Historical and Contemporary Analysis*, Cambridge University Press, Cambridge, s.7.

²³ Alex Walt. (2004); ‘The Treatment of Age and Age Discrimination in Employment in the United States, Canada and South Africa’, *Elder Law Review*, 9.

²⁴ Büsch-Königstein.

önünde gidilmesi gereken uzun bir yol bulunmaktadır²⁵. Yaş ayrımcılığının, ırk veya cinsiyet ayrımcılığı kadar tehlikeli olduğunu ifade edenler olduğu gibi tamamen farklı olduğunu da ifade edenler bulunmaktadır²⁶. Irk ayrımcılığı ve cinsiyet ayrımcılığı, kişileri derilerinin rengine veya cinsiyetlerine göre ayırırken, yaş ayrımcılığı kişileri sadece yaşlı oldukları için sistemli olarak bir ayırımı tabi tutma ve kalıplara sokma süreci olarak ifade edilmektedir. Yaş ayrımcılığı, genç kuşakların yaşlı kişileri kendilerinden farklı görmelerine de yol açmaktadır²⁷.

Yaş nedeniyle kişiler veya gruplar arasında muamele farklılıkları, ayrımcılığın diğer türlerinde olduğu gibi genellikle genelleştirilmiş kanılara veya günlük önyargılara dayanmaktadır. Bu kanıların hatalı olduğu, yanlış anlamalara ve haksız önyargılara dayandığı ifade edilmektedir. Hem gençler hem de yaşlılar bu tarz önyargılardan etkilenebilirler. Kişiler, bu önyargıların bir sonucu olarak ayrımcılığa maruz kaldığında, muamele ve saygı eşitliği inkâr edilerek, temel hak saygınlıkları ihlal edilmiş olmaktadır. Haksız yaş ayrımcılığından etkilenen yaş gruplarının, sosyal dışlanmaya maruz kalması sonucunda yüksek seviyede fakirlik gibi olumsuz sonuçlarla karşılaşmaları da söz konusu olabilecektir²⁸.

Yaşla ilgili önyargıların ve kanıların olumsuz etkileri, özellikle istihdamda belirgindir. İş, hem gençler hem de yaşlılar için topluma katılmalarını sağlamak açısından bir gerekliliktir. Etkili yaş eşitliği stratejisinde anahtar adım, ayrımcılık kurbanları için etkili çözümler sağlamak ve istihdamda haksız yaş ayrımcılığını yasaklayıcı düzenlemeleri ortaya koymaktır²⁹. Bu konuda bazı ülkeler mevzuatlarında yaş ayrımcılığını yasaklayan düzenlemeler yapmaktadırlar. Yaşla ilgili ayrımcılık karşıtı araçlar olarak yaşlı işçileri istihdamda tutma programları ve yaşlı işsizleri işe alma programları da kullanılmaktadır³⁰.

Yaş ayrımcılığı hakkında düzenlemelerle, işverenlerin davranışlarında değişme ve özellikle işe alma konusunda açık ayrımcılığın yaygınlaşmasında azalma olduğu görülmekle birlikte OECD, "...

²⁵ Thompson, s.58.

²⁶ Bu konuda daha fazla bilgi için bkz. Macnicol, s.25 vd..

²⁷ Bekir Onur. (1991); *Gelişim Psikolojisi, Yaşlılık, Ölüm*, B.2, Verso Ya., Ankara, s.194.

²⁸ 'Age... '.

²⁹ 'Age... '.

³⁰ 'Older People in Working Life Presentation of Relevant Actions by Local and Regional Authorities'. (2003); European Communities, Brussel, s.17.

yaş ayrımcılığı ne açıkça yapılır ne de ölçülebilir...” şeklinde durumu ifade etmektedir³¹. House of Lords Select Committee on Economic 2004’de, “istihdamda yaş ayrımcılığının önemli olduğu ve geçerli kanıtlardan bu ayrımcılığın hem özel sektör hem de kamu sektöründe gerçekleştiği sonucunun çıkarılabileceği” ifade edilmiştir³².

Zorunlu emeklilik, sık sık istihdamda yaş ayrımcılığını etkileyen bir örnek olarak görülmektedir. “Çalışmaya devam etme ihtiyacı ve isteği olanlara emeklilik için belirli bir yaşın dayatılması yaş ayrımcılığını oluşturur” denmektedir³³. İşverenlere zorunlu emeklilik yaşı oluşturmanın yasaklanmasının, yaşlı işçilerin işe alınmasında biraz azalma yaratması olasılığı bulunmakla birlikte önemli bir caydırıcı faktör olacağına dair bir kanıt bulunmamaktadır³⁴.

Çalışma yaşamında yaş ayrımcılığı kişiyi işe alırken, çalışırken veya işten çıkarırken söz konusu olabilmekle birlikte istihdamın bütün alanlarında meydana gelmektedir. Bununla birlikte, farklı yaşlar arasında muamele farklılığı en çok işe alma sırasında görülmektedir. Bu süreçte, yaş ayrımcılığının günümüzde 40 yaşla birlikte başladığı gözlemlenmektedir³⁵. İş ilanlarında, “35 yaşın üzerinde olanların başvurmasına gerek yok” şeklindeki ifade yaş ayrımcılığına açık bir örnektir. Ayrımcılığın genellikle negatif olarak ifade edildiği görülmekle birlikte “35 yaş ve altında başvuran kişiler tercih edilecektir” şeklinde pozitif olarak da ifade edilebilir. Ayrımcılık, kişilerin üzerinde kurumlar tarafından uygulanan bir güç olarak karşımıza çıkmaktadır³⁶. İngiltere’de yapılan çeşitli araştırmalarda, yaş ayrımcılığının çalışma yaşının sonunda bulunan kişileri etkilediği, 50 yaş ve devlet emeklilik yaşı arasındaki 2.7 milyon kişinin çalışmadığı, bunların 1 milyonundan fazlasının çalışmak istediğinin tahmin edildiği, yaşlı işçilere karşı ayrımcılık olduğuna inanıldığı gibi sonuçlar elde edilmiştir³⁷. Yaş ayrımcılığının genç işçileri de etkilemesi söz konusu olmakla birlikte yaşlı kişilerin daha fazla maruz kaldığı görülmekte, yaşlı işçilere karşı ayrımcılığın olduğuna bir şüphe bulunmamaktadır. 2005 yılı Mart ayında Financial Times’da, 49 yaşında bir bilgisayar uzmanının

³¹ *Ageing and Employment Policy, United Kingdom*. (2004); OECD, Paris, s.98.

³² ‘Briefing...’ den Aspect of Economic of An Ageing Population, 2004.

³³ Macnicol, s.33, dn.128’den Drury, *Age Discrimination*, p.48.

³⁴ ‘Age Discrimination Legislation: Choices for the UK’.

³⁵ Bernd Schulte, ‘Age Discrimination in Europe’; ‘Approaches to Improve the Prospects of Older Workers in the Labour Market’. (6 Mai 2003); TUAC Discussion Paper, s.5; Büsch-Königstein.

³⁶ *Ageing and Later Life* (Ed. Julia Johnson-Robert Slater). (1993); The Open University, Sage Pub., London, s.201.

³⁷ Bu konuda daha fazla bilgi için bkz. ‘Briefing...’; Macnicol, s.19–20.

özelliklerini gönderdiği bir iş bulma bürosundan tek bir telefon bile almadan bir yıl geçirdiği ifade edilmiştir. Daha sonra bu kişi, birkaç büroya 30 yaşında olduğunu söylemiş ve üç gün içinde beş telefon almıştır³⁸. Bir başka araştırma, işçiler 50 yaşına ulaştığında, iş önerilerinin yapılması kadar ek eğitimlerin sağlanması ve işte ilerlemesinde fark edilir zorluklarla karşılaştıklarını göstermiştir³⁹. Dolayısıyla, çalışma yaşamında yaşın belirleyici bir kriter olduğu söylenebilir. Bazı kişiler yaş ayrımcılığının, yaşlı işçilerin verimliliğindeki azalmanın bir sonucu olduğunu ileri sürmektedirler. Bununla birlikte psikolojik araştırmalara göre, bireyin yaşlanmasıyla verimliliğinde bir azalma olduğuna dair kanıt bulunmamaktadır⁴⁰. “*İşe Alma Kararlarında Yaş Ayrımcılığı*” üzerine Almanya’da yapılan bir çalışma, bütün başvuranlar aynı vasıflara sahip olsalar bile seçim sürecinde sadece yaş nedeniyle farklı davranıldığını göstermiştir. İşçilerin, işe ilişkin özellikleri hakkında bilgi sahibi olunmadığında, genç işçilerin işin nitelik ve potansiyel koşullarında gelişmeleri için yaşlı işçilerden daha fazla tercih edildikleri görülmektedir. Yine aynı şekilde işe başvuranların hepsi aşağı yukarı aynı verimliliğe sahip olsalar bile işe alınmada genç başvuru sahiplerinin tercih edildiği görülmektedir. Yaş, işe alma sürecinde çok dikkat çeken bir ölçüt olmasa bile yaşla ilgili olumsuz önyargıların işe alma kararlarında önemli bir rol oynadığı görülmektedir⁴¹.

1990’lı yıllarda, “*yaşlanan*” kişilerin işten çıkarılması sık sık uygulanan bir politika olarak karşımıza çıkmaktadır. General Electric bu konuda öncü olmuş, diğer firmalarda da benzer uygulamalar görülmüştür. Bu anlayış sistemi içinde çalışanlar üç gruba ayrılmaktadır. En parlak, dinamik 20’lik gruba A sınıfı adı verilirken, kalanlardan istikrarlı fakat sıra dışı olmayan %70 B sınıfı olarak adlandırılmakta ve geriye kalan %10 C sınıfını oluşturmaktadır. C’ler, işten çıkarılacak olanlardır. General Electric’in bu sistemi birçok firma tarafından uygulanmaktadır⁴².

Yaşlı kişilerin haksız ayrımcılığa veya dezavantajlı duruma maruz kalmamaları ve ayrımcılık karşıtı politikanın bir gereği olarak yaşlı işçilere karşı haksız ayrımcılığın önlenmesi sağlanmalıdır.

³⁸ Michael Skapinker. (25.05.2005); ‘*The Demographic Tide will Sweep Away Age Discrimination*’, Financial Times, London, s.13.

³⁹ ‘*Approaches...*’, s.5.

⁴⁰ Bu konuda daha fazla bilgi için bkz. Baybora, Dilek. (2007); *Çalışma Yaşamında Yaş Ayrımcılığı*, T.C. Anadolu Üniversitesi Ya. No.1788, İkinci Bölüm, 1.2..

⁴¹ Schulte.

⁴² Yaprak Özer.

Sanayileşmiş ülkeler, istihdamda yaş ayrımcılığın yapılmasını yasaklayan düzenlemeleri kabul etmektedirler. Ancak, yaş ayrımcılığı kanıtlanması zor bir durum olarak karşımıza çıkmaktadır. Kanıtlamak için gençlerin veya başka grupların yaşlılara karşı kayrıldığına ispatlanması gerekmektedir⁴³.

Yaş ayrımcılığı olaylarında, işçi duygusal stres ve cezalandırıcı zararları talep edebilmektedir. Bunlar subjektif ve gerçekten jüriye bağlıdır. Ancak, burada jürinin duyguları en önemli faktör olarak karşımıza çıkmaktadır. Çünkü jüri üyeleri kendilerini aynı durumda görebilir ve daha yüksek zarara karar verebilirler. Bir erkeğin kendini cinsel tacize uğramış kadının yerine koyması zordur. Bu, böyle bir olayda zararın tazminine karar verilmeyecek anlamında değildir, ancak bu durum bir engel olabilir. Oysa yaş ayrımcılığında, herkes kendisini yaşlı biri olarak görebilir. Bu teorinin kanıtlanması ve etkilerini ölçmek zor olmakla birlikte yaş ayrımcılığı davalarında jüri kararlarının büyük bir kısmının bazı boyutlarını açıklamak konusunda bize yardımcı olabilir⁴⁴.

İşyerlerinde yaşlılara karşı yapılan ayrımcılığın hem yanlış hem de mantıksız olduğu, işverenlerin duygusal zekâyı gözönüne alarak şirketlerinin başarı potansiyellerini arttırmak istiyorlarsa kadro içinde yaşlı ve genç eleman sayısını eşit ağırlıklı olarak düzenlemelerinin daha yararlı olacağı ifade edilmektedir⁴⁵.

4. AMERİKA BİRLEŞİK DEVLETLERİ'NDE YAŞ AYRIMCILIĞI DÜZENLEMELERİ

4.1. Genel Olarak

ABD, gençliğe değer veren bir kültür olarak karşımıza çıkmaktadır. Amerikan kültüründe, genel olarak gençliğin enerji, hayal gücü ve yenilikle geldiği kabul edilmektedir⁴⁶. Amerika Çalışma Bölümünün raporuna göre, 2012 yılına kadar 55 yaş ve daha yukarı yaştaki grupların oranı %14.3'den

⁴³ 'Avrupa Birliği, İstihdam ve Sosyal Koruma'; 'Promoting Decent Work for an Ageing Population: Actors, Partners and Corporate Social Responsibility'. (12-13 May 2003); ILO, Paris, s.9; Özer.

⁴⁴ David H. Greenberg-Jeremy Pasternak; 'Age Discrimination in the Workplace'.

⁴⁵ <http://www.milliyet.com.tr/1997/03/25/yasam/akil.html> (12.08.2005).

⁴⁶ Dawn D. Bennet-Alexander&Laura P. Hartman. (2004); *Employment Law for Business*, Edt.4, McGraw-Hill/Irwin, New York, s.428.

%19.1'e yükselecektir⁴⁷. 2025 yılına kadar Amerikan nüfusunda 65 yaş ve üzerinin oranı %13'den %19'a, 55 yaş ve üzerinin oranı %21'den %30'a yükselecektir⁴⁸. Dolayısıyla, Amerika'daki işgücü yaşlanmaktadır. II. Dünya Savaşı sonrasındaki bebek patlaması nesli nedeniyle Amerika'da nüfusun en hızlı büyüyen kısmı 55 yaş üzeridir. 2020 yılına kadar çalışan her üç Amerikalıdan birinin 50 yaşın üzerinde olacağı ifade edilmektedir⁴⁹.

Yaşlı işçiler, 55 yaş ve üzeri yaşlarda verimli olacaklarına inanmalarına rağmen Amerika'da birçok şirket, yaşlı işçileri emekli oluncaya kadar çalıştırmaktan farklı bir bakış açısına sahip bulunmaktadır⁵⁰. Yaşlı işçiler, işlerde uzun yıllar çalışmalarının sonucunda daha yüksek ücret ve ek yardımlar elde ediyor olmaları nedeniyle işverenler için daha maliyetli hale gelmektedirler. Birçok işveren de zaten yaşlı işçilerin daha deneyimli ve kıdemli olmaları nedeniyle daha yüksek maliyetli olduklarını düşünmektedirler. İşverenler, daha deneyimli olan yaşlı işçileri daha az deneyimli genç işçilerle değiştirdiklerinde maliyetleri azaltabileceklerini fark etmişlerdir. Bu durum, iş kararları açısından gerçekçi ve kanuni gibi görünmekle birlikte yaşlı işçilerin yeni bir iş bulma konusunda dezavantajlı durumda olmaları nedeniyle onlar açısından soruna yol açmaktadır. Çünkü yaşlı işçiler, işler için ya fazla nitelikli bulunmakta ya da işverenlerin yaşlı işçilerin işte yeterli performansı göstermeleri konusunda endişeleri bulunmaktadır. Bu durumun temelinde genellikle yaşlı işçilerin genç işçilerden daha az esnek, daha az motivasyona sahip ve daha az yenilikçi olduğu hakkındaki düşünceler, onların fiziksel kapasiteleri ve yeterlilikleri ile ilgili kanılar ve önyargılar bulunmaktadır. Yaşlı işçiler ve yaş ayrımcılığı ile ilgili kanılar,

- Yaşlı işçiler, daha tecrübeli olsalar bile bazı pozisyonlarda genç işçilerden daha düşük performansa sahiptirler,
- Ekonomik nedenlerle işgücünün azaltılmasında, işverenlerin en yüksek ücreti yaşlı işçilere ödemelerinden dolayı her zaman ilk önce yaşlı işçiler işten çıkarılmalıdır,
- İşçiler, Amerika'da 65 yaşında emekli olmalıdır

⁴⁷ Sonia Alleyne. (Feb 2006); 'Q&A: Age on Your Side', Black Enterprise, Vol.36, Iss.7, s.74.

⁴⁸ www.census.gov/population/projections/nation/summary (15.03.2007).

⁴⁹ Berlinda Peng-Brian H Kleiner. (1999); 'New Developments in Age Discrimination', Equal Opportunities International, Vol.18, Iss.1-4'den Lester, 1996.

⁵⁰ Peng-Kleiner'dan Lester, 1996.

şeklindedir. Ayrıca, genç işçilerin işgücüne girdiklerinde daha iyi eğitilmiş ve daha iyi nitelikli olmaları da söz konusudur. İstihdamda yaş ayrımcılığı, bireysel fırsatları azaltmasının yanı sıra birçok çok kapasiteli yaşlı işçinin erken emekliliğe zorlanarak giderek artan bir şekilde işgücünün boşa harcanmasına neden olduğu söylenebilir. İşverenler, sık sık yaşlı işçilerin deneyimlerini ve niteliklerini küçümsemekte ve onları genç işçilerden daha düşük kapasiteli ve daha az uyumlu olarak değerlendirmektedirler. Aslında çalışmalar, yaşlı işçilerin daha iyi hizmet verdiğini, iş nitelikleri konusunda daha fazla puan aldıklarını, devamsızlıklarının daha az olduğunu ve genç meslektaşlarından daha uzun süre işte çalıştıklarını göstermektedir. Kanunlar, işyerlerinde ayrımcılıkla karşılaşan işçilere bazı korumalar getirmekle birlikte yaşlı işçiler, kendileri hakkındaki kanılar, haksız politikalar ve ayrımcı uygulamalar nedeniyle hala ayrımcılıkla karşılaşmaktadırlar. Yaş ayrımcılığıyla mücadelede en büyük engel bilgi eksikliği olarak karşımıza çıkmaktadır. Birçok yaşlı işçi, haklarını nasıl takip edeceklerini bilmemekte ve birçok işveren de hala yaşlı işçilerin verimlilikleri ve nitelikleri hakkında olumsuz düşüncelere sahip bulunmakta ve bunlara inanmaktadırlar⁵¹.

OECD ülkeleri içinde ABD yaş ayrımcılığı konusunda en iyi temel düzenlemeye sahip olan ülkelerden biridir⁵². Yaş ayrımcılığının 1960'lı yıllardaki ırk ayrımcılığına benzer bir şekilde günümüzde sorun oluşturacağı düşünülmektedir⁵³. ABD'de birçok eyalet kanunları, yaş ayrımcılığını yasaklamaktadır. Eyalet işçileri eyalet kanunlarına tabi değilse, federal kanunlara tabi bulunmaktadır⁵⁴.

ABD'de istihdamda ayrımcılığa karşı temel federal düzenleme, 1964 tarihli Sivil Haklar Kanunu (the Civil Rights Act) başlık VII'dir. Sivil Haklar Kanunu başlık VII, ırk, renk, cinsiyet, ulusal köken ve dini inanış temelinde istihdamda ayrımcılığı yasaklamaktadır. Yaşın, Sivil Haklar Kanunu başlık VII'de ifade edilen ayrımcılık nedenlerinden biri olarak uygulanması konusundaki teşebbüs Temsilciler Meclisi ve Senato tarafından reddedilmiştir. Çalışma Bölümünün ülke çapında işyerlerinde yaş ayrımcılığının yayıldığını gösteren bir çalışmasından sonra 1967 yılında Kongre ilk federal yaş

⁵¹ Peng-Kleiner; Bennet-Alexander&Hartman, s.429-430.

⁵² 'Promoting...', s.9.

⁵³ L. Kenneth-J. D. Sovereign. (1994); *Personnel Law*, Edt.3, Prentice Hall, New Jersey, s. 126.

⁵⁴ Kenneth-Sovereign., s.121, dn.11'den Davidson.

ayrımcılığı kanunu olan İstihdamda Yaş Ayrımcılığı Kanununu (the Age Discrimination Employment Act-ADEA) kabul etmiştir. ADEA, Sivil Haklar Kanunu başlık VII'nin yaklaşımına yakın bir yol takip etmiş, diğer ayrımcılık nedenlerinde olduğu gibi yaş nedeniyle ayrımcılığın yapılmasını da benzer şekilde yasaklamıştır ve ayrımcılığı yasaklayan Sivil Haklar Kanunu başlık VII'nin diline benzer bir dili bulunmaktadır. Mahkemeler, ADEA'yı yorumlarken sık sık Sivil Haklar Kanunu başlık VII'den yararlanmaktadırlar⁵⁵. ADEA'da düzenlenmiş olan yaş nedeniyle ayrımcılığın Sivil Haklar Kanunu başlık VII'nin içerdiği nedenlerdeki ayrımcılıktan iki önemli noktada farkı bulunmaktadır. Bunlardan ilki, ADEA'nın işverenlerin mali esnekliğini gözönüne alarak Sivil Haklar Kanunu başlık VII'den daha yumuşak olmasıdır. ADEA, işverene yaş ayrımcılığı davası ile karşılaştıklarında, *“yaş dışındaki makul bir neden”*i tanımlamalarına izin vermektedir. İkinci olarak, ADEA, sadece 40 yaş ve üzerini korumaktadır. 40 yaşın altındaki kişilerin genç olmaları nedeniyle yaş ayrımcılığı iddiası ile ADEA'ya dayanarak dava açmaları mümkün değildir. Bununla birlikte, bazı eyalet kanunlarında genç bir kişinin *“aksi ayrımcılık”* iddiasına ilişkin düzenlemeler de bulunmaktadır⁵⁶.

ADEA'nın amacı, *“yaş dışındaki yeterliliklerine dayalı olarak yaşlı kişilerin istihdamını arttırmak; istihdamda keyfi yaş ayrımcılığını yasaklamak; istihdamda yaşın etkilerinden doğan sorunları giderici yolları bulmak için işçilere ve işverenlere yardım etmek”*dir (U.S. Code, kısım 621)⁵⁷. Üst Mahkeme bir kararında, ADEA'nın bir işveren için *“kişinin yaşı nedeniyle istihdam fırsatlarından yoksun bırakılmaya çalışılması veya bırakılması veya işçiyi kötü bir şekilde etkileyen herhangi bir şekilde işçiyi sınırlamak, ayırmak veya sınıflandırmayı”* kanun dışı saymıştır⁵⁸.

Yaş ayrımcılığı düzenlemesi ile ilgili kapsamlı araştırmalar, ABD'den gelmektedir. Bir araştırma, ADEA'nın yaşlı işçilerin istihdam oranlarını büyük ölçüde arttırdığını göstermektedir. Bu durumun yaşlı işçilerin daha yüksek oranda işe alınmalarından çok ileri yaşlara kadar çalışmalarından

⁵⁵ Ratsamy Phomphakdy-Brian H. Kleiner. (1999); *'How to Eliminate Discrimination in the Workplace'*, Equal Opportunities International, Vol.18, Iss.2-4; Milton Zall. (Apr 2000); *'Age Discrimination-What is It Besides Illegal?'*, Fleet Equipment, Vol.26, Iss.4, s.39; Joanna Grossman; *'Accidental Age Discrimination?: The Supreme Court Considers the Viability of “Disparate Impact” Claims'*; Phillip Shuler. (Jun 2005); *'Supreme Court Expand Age Discrimination Act, but Limits Impact of Ruling'*. (Jun 2005); Louisiana Contractor, Vol.54, Iss.6; Peng-Kleiner; Walt.

⁵⁶ Bennet-Alexander&Hartman, s.431.

⁵⁷ David Neumark. (Jul 2003); *'Age Discrimination Legislation in the United States'*, Contemporary Economic Policy, Vol.21, Iss.3'den Stone, 1980.

⁵⁸ *'What does the Supreme Court's Age Discrimination Decision Mean for Your Company'*. (May 2005); HR Focus, Vol.82, Iss.5.

kaynaklandığı ifade edilmektedir. Zorunlu emekliliğe izin verilmemesi nedeniyle yaşlı işçilerin daha az işe alınacağına ilişkin bazı kanıtlar da bulunmaktadır. ABD’de “*keyfi ayrımcılığın*” yorumlanması konusunda mahkemelere güvenilmiş ve esnek bir yaklaşım benimsenmiştir⁵⁹. ADEA’ya dayanan davaların sayısında esaslı bir azalma olması genellikle ADEA’nın etkinliğine bağlanmaktadır⁶⁰.

ADEA’ya göre, işe alma kararlarında, başvuranın yaşının bir faktör olarak gözönüne alınarak kullanılması işverenler için kanun dışıdır. ADEA, işverene özellikle başvuranın yaşını veya doğum tarihini sormayı yasaklamamaktadır. Bununla birlikte, böyle istekler işe başvuranlar arasında yaşlı işçileri tanımlayabilir veya yaş nedeniyle ayrımcılığın olası niyetini gösterebilir. Yaşla ilgili bilgi isteklerinin, ADEA’nın yasakladığı ayrımcılık amacından ziyade kanuni bir amaçla yapıldığından emin olmak için durumun dikkatle incelenmesi gereklidir (kısım 1625.5/I). Ayrıca ADEA, iş ilanlarında veya reklâmlarda, yaş tercihleri, sınırlamaları veya açıklamaları yapılmasını kanun dışı saymaktadır. Ancak, korunan yaş grubunda bulunanlar için 40 yaştan 50 yaşa, 65 yaş üzeri, emekli gibi ifadelere istisna olarak izin verilmektedir [kısım 1635.4(a)]. Genel kurala dar bir istisna olarak iş ilanlarında veya reklâmlarında, işin niteliğinden kaynaklanan bir nedenle “*gerçek mesleki nitelik*” (bona fide occupational qualifications-BFQO) olduğu durumlarda yaş belirtilebilmektedir [kısım 1625.6(a)]⁶¹. İşyerlerinde, “*yeni kan*” getirmek konusu yaşla bağlantılı olduğunda ADEA’nın ihlali olarak değerlendirilmektedir⁶².

İşçinin Emeklilik Geliri Güvenliği Kanununda (the Employee Retirement Income Security Act-ERISA), yaşlı işçilere bazı yardımların sağlanmasında yaş temelli önlemler bulunmaktadır. ERISA’da düzenlenmiş bulunan istenen veya izin verilen emeklilik planlarının yaygın kullanımıyla ERISA’nın yaş temelli önlemlerinin ADEA’nın ihlali olabileceği ifade edilmektedir⁶³.

4.2. Kapsam

⁵⁹ ‘*Age Discrimination Legislation...*’.

⁶⁰ Walt.

⁶¹ ‘*Facts About Age Discrimination*’, The U.S. Equal Employment Opportunity Commission; Peng-Kleiner.

⁶² Kenneth-Sovereign, s.121.

⁶³ Martin K. Lapointe-John G. Fogarty Jr. (Summer 2004); ‘*A ‘Means to an End’: The Cline Court’s Pragmatic Refusal to Allow Reverse Discrimination under the ADEA*’, Labor Law Journal, Vol.55, Iss.2.

ADEA’da, uygulama alanı itibarıyla yaş sınırı ve işyerinde çalışan işçi sayısı şeklinde iki sınırlama yer almaktadır. Bir kişiye, “çok genç” olduğu için ayrımcı davranışta bulunmak kanun dışı değildir⁶⁴. Yaş sınırının ne olacağı konusunda birçok tartışma olmuş, alt yaş sınırı olarak 40 yaş uzlaşılan yaş olmuştur⁶⁵. ADEA’ya göre, işverenlerin 40 yaş ve üzeri yaştakilere işe alma veya herhangi bir yolla ayrımcılıkta bulunmaları kanun dışıdır [kısım 1625.2(a)]. Başlangıçta ADEA, 40–65 yaş grubundaki işçilerin işe alma veya işten çıkarılmasında ayrımcılığı yasaklamaktaydı⁶⁶. 1978 yılında kamu sektöründe yaş sınırı kaldırılmış, diğer işçiler için yaş sınırı 70 yaşa yükseltilmiştir. 1986 yılında da ADEA’da, yaş sınırının kaldırıldığı ve zorunlu emekliliğin yasaklandığı değişiklik yapılmıştır. Artık üst yaş sınırı bulunmamaktadır, 80 yaşın üzerindeki bir kişi 30 yaşındaki biri gibi bir pozisyon için gerekli niteliklere sahip olduğunda, istihdamını sürdürme imkânına sahip bulunmaktadır⁶⁷. ADEA, yukarıda da ifade edildiği gibi federal düzeyde en az 40 yaşında olan kişilere karşı istihdamda yaş ayrımcılığını yasaklamaktadır. Sivil Haklar Kanunu başlık VII’den farklı bir şekilde, diğer yaş grupları için ayrımcılık koruması bulunmamaktadır. Bununla birlikte, federal düzenlemenin dışında birçok eyalette de yaş temelinde ayrımcılığı yasaklayan kanunlar bulunmaktadır. Bazı eyaletlerde, davacı olabilmek için en az 40 yaş sınırı bulunmakta iken, bazı eyaletlerde ya hiç yaş sınırı bulunmamakta ya da en az 18 yaş sınırı bulunmaktadır⁶⁸. 1980’li yılların sonu ve 1990’lı yılların başında yaşanan bebek patlamasıyla birlikte gelen nesil, 40 yaşın üzerindeki işçiler arasında ayrımcılık karşıtı kanunlarla korunan en büyük sınıf olacaktır⁶⁹.

ADEA, 20 veya daha fazla işçi çalıştıran işverenlere uygulanmaktadır, eyalet ve yerel yönetimleri de kapsamaktadır. Federal hükümet kadar istihdam büroları ve işçi örgütleri de Kanunun kapsamında

⁶⁴ Greenberg-Pasternak.

⁶⁵ Peng-Kleiner.

⁶⁶ Walt.

⁶⁷ Bennet-Alexander&Hartman, s.430; Lapointe-Fogarty; Neumark; Kerry Segrave. (2001); *Age Discrimination by Employers*, McFarland&Company Inc. Publishers, United States of America, s.174.

⁶⁸ William C. Martucci-Eric W. Smith. (Winter 2001); *‘Old Enough to Vote, Old Enough to Sue-Recent Developments in State Age Discrimination Law’*, *Employment Relations Today*, Vol.27, Iss.4, s.97; Michael Connolly. (2004); *‘Townshend-Smith on Discrimination Law: Text, Cases and Materials’*, Edt.2, Cavendish Pub., Great Britain, s.165’den Rutherglen, G, ‘From race to age: the expanding scope of employment discrimination law’ (1995) 24 *Journal of Legal Studies* 491, ss. 495–501, 509, 520.

⁶⁹ Kenneth-Sovereign, s.120–121.

bulunmaktadır⁷⁰. Başlangıçta ADEA, özel sektör işverenlerini kapsarken, the Fair Labor Act ile yapılan değişiklik ile kamu işçilerini de kapsamına almıştır⁷¹.

4.3. Fesih Nedeni

ADEA, işverenlere yaş dışında makul bir nedenle farklı davranılması konusunda izin vermektedir⁷². Yaş dışındaki nedenler işten çıkarma nedeni olabilir. İşçinin, belirli bir işi tatmin edici ve ehil bir şekilde yapamaması halinde işten çıkarmada yaş dışındaki nedenler söz konusu olmaktadır. Nitekim mahkeme, denetçisinin özel talimatlarını sürekli bir şekilde dikkate almayan 56 yaşındaki bir işçinin işten çıkarılmasının yaş nedeniyle olmadığı, emir ve talimatları yerine getirmeme nedeniyle olduğu yönünde karar vermiştir. Yaş söz konusu olduğunda performans ve yetersizlik tanımları oldukça subjektiftir. Bir montaj fabrikasında işçinin, belirli bir hızı sağlamada başarılı olamaması sonucunda işine son verilmesinde farklı bir düşünce sistemi ile istenilen hızın yaşlı işçileri etkilediği iddia edilebilir. Çünkü yaşlı işçiler, genç işçiler gibi işi belirli bir hızda yapamamaktadırlar. İşveren, işle ilgili bu pozisyondaki performans hızı ve işin yapılmasındaki gerekleri ortaya koyduğunda, işe son verme ADEA'ya ihlal oluşturmayabilir. Yaşlı işçi için zayıf performansı kabul etmenin oldukça zor olması nedeniyle yaşlı işçilerin performanslarıyla ilgili bir karar vermeden önce performansla ilgili objektif ölçütlerin belirlenmesi önerilmektedir⁷³.

Yaşlı işçilerin, genç işçilere kıyasla daha yüksek maliyetli olmaları nedeniyle işlerine son verilmesi mahkemeler tarafından uygun neden olarak kabul edilmemektedir. Chicago Illinois Mahkemesi tarafından verilen bir kararda, ADEA'nın, mali nedenlerle koruma altında bulunan işçilerin işten çıkarılmasını yasakladığı, ekonomik nedenlerin, işten çıkarmada yaşın asıl belirleyici olduğunu saklamasında kullanıldığı ifade edilmiştir [1991 WL 74610(N.D. II. 1991)]. Temyiz Mahkemesi, ücretlerin maliyeti nedeniyle yaşlı işçilerin işlerine son verilmesi yerine ücretlerinde azalma seçeneğinin sunulması gerektiğini ifade etmektedir. Yaşlı işçiye, bu şekilde bir öneri sunulmasının

⁷⁰ Phomphakdy-Kleiner; *Facts...*.

⁷¹ Kenneth-Sovereign, s. 120, dn.3.

⁷² *What...*.

⁷³ Kenneth-Sovereign, s.121–122; Dawn D. Bennet-Alexander&Laura B. Pincus. (1995); *Employment Law for Business*, Irwin Pub., United States of America, s.328.

maliyetleri azaltma amacıyla olduğu ispatlanabilecektir. İşverenin, işçinin işine son vermekten kaçınabilmek için maliyetleri azaltmak amacıyla işçilerin ücret oranını azaltabilmesi mümkün olmakla birlikte işverenlerin korunan sınıftaki işçilerin ücretlerini azaltmalarını engellemek için ADEA’da bir düzenleme bulunmaktadır. ADEA Bölüm 4(a)(3)2’ye göre, “*bu Kanunla uygun olması için bir işçinin ücret oranını azaltmak... herhangi bir işveren için kanun dışıdır*”. Dolayısıyla işveren, işçiyi işten çıkarmaktan kaçınabilmek için yaşlı işçinin ücret oranını azaltabilecektir⁷⁴. Ancak, işverenlerin bu hakkı kötü niyetli olarak kullanması kanun dışı kabul edilmektedir. Yüksek Mahkeme, yaşlı işçilerin uzun zaman çalışan işçiler olması nedeniyle aynı işte çalışan genç birinden daha yüksek düzeyde ücret aldıkları, işverenlerin maliyetleri azaltma konusunda çalışma yaparken, kasıtlı olmaksızın yaş ayrımcılığı iddialarına maruz kalabileceği konusunda da uyarıda bulunmuştur⁷⁵.

Yüksek Mahkeme, Sivil Haklar Kanunu başlık VII yaş ayrımcılığıyla ilgili iki sınırlama tanımlamıştır. Bunlar, “*farklı muamele*” ve “*farklı etki*”dir. Buna göre, “*farklı muamele*”, işveren isteyerek bir kişiye ırk gibi çeşitli nedenlere dayanarak diğerinden daha az iyi davrandığında gerçekleşmektedir. “*Farklı etki*” ise tam tersine bütün işçilere veya işe başvuranlara tarafsız fakat aslında iş gerekleriyle bağlantısı olmayan ve korunan bir gruba diğerlerinden daha sert istihdam uygulamalarını içermektedir⁷⁶. Yüksek Mahkeme, Mart 2005 tarihinde farklı etki iddialarının, 40 yaş ve üzeri işçiler ve işe başvuranları yaş ayrımcılığından koruyan ADEA altında uygulanacağı kararını vermiştir. Farklı muamele iddiaları, işverenin kasıtlı olarak yaşı nedeniyle kişiye karşı ayrımcılığı olduğunda ileri sürülmektedir. Farklı etki iddiaları, tarafsız bir ilkenin yaşlı işçiler üzerinde daha sert etkiye sahip olması nedeniyle kanun dışı olduğu iddiasıyla ileri sürülmektedir. Bu teori altında ayrımcılık niyetinin kanıtlanması gerekli değildir⁷⁷.

California’da farklı etki yaş ayrımcılığı davalarına büyük etkisi bulunan bir davada, yaşlı işçilerin bir bölümü yüksek ücretleri, uzun hizmet süreleri nedeniyle işten çıkarılmıştır. Şirket, bu işçileri daha

⁷⁴ Bennet-Alexander&Pincus, s.332, 342.

⁷⁵ Mike Nixon. (21.05.2005); ‘*Commentary: Employers Cautioned on Unintended Age Discrimination*’, St. Charlers County Business Record.

⁷⁶ Jon D Bible. (Summer 2004); ‘*Grosjean V. First Enegy Corp.: The Relevance of Age Diffirentials in a Prima Facie ADEA Case*’, Labor Law Journal, Vo.55, Iss.2.

⁷⁷ Jon D Bible. (Fall 2005); ‘*Right Without a Remedy?: Supreme Court Allows Disparate Impact Claims under the ADEA*’, Labor Law Journal, Vol.56, Iss.3(Fall 2005).

az ücret ödeyecekleri yeni işçilerle değiştirmek istemektedir. Açık bir şekilde yaşlı işçiler üzerinde farklı etki bulunmaktadır. California Temyiz Mahkemesi, şirketin bu şekilde tasarruf etme hakkının olması nedeniyle bunun kanun dışı farklı etki olmadığı yönünde karar vermiştir. Bu durum, şirketin yaşlı işçileri işten çıkarmak istediği her seferinde bu bahaneyi kullanabileceği anlamına gelmemektedir. Şirket kararının, büyük oranda işten çıkarmaların parçası olabileceği tahmin edilmekle birlikte gerçekten yaş ayrımcılığı varsa işten çıkarılan işçinin bir başka yolla bunu kanıtlayabileceği düşünülmektedir. Ancak yine de bu dava, yaşlı işçiler açısından çok da iyi olmayan bir işaret olarak değerlendirilmektedir⁷⁸.

Yüksek Mahkeme, özellikle özel bazı görevlerle ilgili olarak açık fiziksel sınırlamaların olduğu bazı işlerde yaşın kanuni bir faktör olabileceğini karara bağlamıştır. İşverenlerin, işçilerin güvenliği konusunda karar verme hakları bulunmaktadır. Fakat Mahkeme, işverenlerin bir işçi veya işe başvuranın sadece yaşı nedeniyle doğum tarihi temelinde karar alamayacakları konusunda uyarmıştır⁷⁹.

BFOQ savunması, açık bir şekilde yaşa dayanan ayrımcılıkla başlamaktadır. Ancak ayrımcılık yapılmasının nedeni, işle bağlantılı geçerli bir istisna olmaktadır. BFOQ'ya dayanan davalar, sağlık ve kamu güvenliği işi nedenleriyle pilotluk, kamu ulaşım şoförlüğü, polislik ve itfaiyecilik gibi yaşlı kişiler tarafından yapılamayan veya belirli bir yaşın üzerindeki kişiler tarafından yapılmasının beklenmemesi gerektiğine dayandırılmaktadır. BFOQ'da, sağlık ve kamu güvenliği işi nedeniyle pilotluk, polislik ve itfaiyecilik gibi yaşlı kişiler tarafından yapılamayan veya belirli bir yaşın üzerindeki kişiler tarafından yapılmasının beklenmemesi gereken işler söz konusu iken, "business necessity" yani iş gereğinde bir tiyatro oyununda genç bir kişiyi oynayacak kişinin aranması söz konusu olmaktadır. ADEA, işverene "temyiz yaştan başka diğer makul faktörlere dayanır" (reasonable factors other than age-RFOTA) şeklindeki ifadesi ile ADEA altında herhangi bir hareket yapabilme imkânı sağlamaktadır. RFOTA faktörleri, zayıf iş performansı, güçte azalma (RIF) olarak bilinen iş azaltmaları ve maliyetler olabilir. RIF'in söz konusu olduğu olaylarda işverenin, iş nedenleriyle

⁷⁸ David H. Greenberg-Jeremy Pasternak; 'Age Discrimination in the Workplace'.

⁷⁹ Nixon.

yönetim yetkisinin bir parçası olarak yapıldığında sorun değildir. Fakat RIF hileliyse veya işveren kanuni azaltmada işçileri işten çıkarmaya karar vermek için yaşı kullanarak azaltma yaparsa, işverenin RFOTA'sı yaş ayrımcılığı için sadece bir bahane olarak görülebilir. Güçte azalma, işçilere erken emekliliğe teşvik etme önerisi getirilerek gönüllülük temelinde gerçekleştirilebilir⁸⁰. Dolayısıyla, bir kişinin işine güçte azalmaya uygun olarak herhangi bir kötüniyet olmadan son verildiğinde işverenlerin hareketi korunmaktadır⁸¹.

4.4. Emeklilik

İşçilerin gönüllü emekliliği ADEA'yı ihlal değildir⁸². Birçok şirkette, belirli bir süre çalışmış (en çok uygulanan 10 yıl ve üzeri) ve 55 yaşın üzerindeki işçilere erken emeklilik önerilmektedir. Erken emeklilik programları, istek dışı işe son verme veya işten çıkarma değildir. Ekonomik faaliyetin yüksek olduğu dönemlerden daha çok bir ekonomik durgunluk sırasında önerilmektedir. 1982 yılındaki durgunluk sırasında, incelenen şirketlerin %27 oranında işçilerine erken emeklilik önerdikleri görülmüştür. Bununla birlikte, izleyen yıllarda durgunluk olmadan da işverenlerin %75'inden fazlasının bir personel tekniği haline gelen bu programları önerdikleri görülmektedir⁸³. Erken emeklilik planları işverenler arasında büyük ölçüde kabul görürken, işçiler tarafından da iyi karşılanmıştır⁸⁴. Ancak, erken emekliliği öneren işverenler sık sık işi bilen kişilerin yönetim ve nitelik kaybı ile karşılaşmaktadırlar⁸⁵. ADEA'da 1986 yılında yapılan değişiklikle, birçok işçi için yaş temelinde zorunlu emeklilik yasaklanmış, yüksek eğitimde çalışanlar için birkaç geçici istisna getirilmiş olmakla birlikte bu istisnaların süresi de 31.12.1993 tarihinde dolmuştur⁸⁶. Ancak, zorunlu emeklilikle ilgili muafiyetler söz konusudur. Yüksek politika yapan veya gerçek yönetici (bona fide executive) pozisyonunda emeklilikten önce iki yıl görev yapan ve yıllık geliri en az kırkdört bin dolar olan birinin 65 yaş veya daha ileri yaşta zorunlu emekliliğine izin verilmektedir [kısım 1625.12(a)].

⁸⁰ Walt; Segrave, s.174-175.

⁸¹ Bennet-Alexander&Pincus, s.341.

⁸² Kenneth-Sovereign, s.122. Bkz. ADEA, kısım 1625.9.

⁸³ Kenneth-Sovereign, s.122, dn.18.

⁸⁴ Kenneth-Sovereign, s.122.

⁸⁵ Kenneth-Sovereign, s.123, dn. 21.

⁸⁶ Bennet-Alexander&Hartman, s.435. Bkz. ADEA, kısım 1625.11.

1987 yılında Üst Mahkeme, ADEA'nın işçi emeklilik planlarına uygulanmayacağını karara bağlamıştır. Kongre, karşılık olarak 1990 yılında Yaşlı İşçilerin Yardımlarını Koruma Kanununu (the Older Workers Benefit Protection Act-OWBPA) kabul etmiştir. Gerçekte, OWBPA, ADEA'nın koruması altında bulunan işçilerin, işçi emeklilik planlarını kapsayan ve “eşit yardım veya eşit maliyet” kuralının bir sisteme bağlanmasını kabul etmiştir. İşveren, işçiye erken emekli olduğunda 65 yaşında emekli olması halinde alacağından daha az ödeme yaparsa, bu Kanunun ihlali olabilir, ancak erken emeklilik halinde de aynı miktarı ödeyecek olursa bu durum ADEA'nın ihlali anlamına gelmeyecektir. OWBPA, ADEA bölüm 4(f)'de değişiklik yapmıştır. Hemen hemen bütün erken emeklilik programları işçiye bir feragatname veya serbest bırakma imzalatılmasını istemektedir. Bu iki belgenin kanuni sonuçları aynı değildir. Feragatname, işçinin bütün haklarından vazgeçmesi anlamına gelmektedir. Serbest bırakmada, işveren bütün sorumluluklarından kurtulmakta ancak hiçbir hak bırakılmamaktadır. ADEA altında feragatname, zorlama yoksa mahkemede kullanılabilir. Serbest bırakma ise kesin değildir, olayın niteliğine bağlı olarak değerlendirme yapılacaktır. OWBPA'ya göre şu şekilde feragat yapılmaktadır:

- Feragat, ortalama bir işçinin anlayabileceği şekilde yazılmalıdır.
- İşçi tarafından imzalanan anlaşma, açık ve kısa bir dille yazılmalıdır.
- Anlaşmada, işçinin ADEA'da düzenlenmiş olan bütün haklarından feragat ettiği açıkça ifade edilmelidir.
- Feragat, sadece feragatten önceki tarihte ortaya çıkan hakları ve iddiaları etkiler.
- İşçi, feragati düşünme konusunda yirmibir güne sahiptir ve imzaladıktan sonra da feshetmek için ilave yedi günlük bir süre verilmelidir.
- İşçiye feragatin yerine getirilmesi için vekile danışması önerilmelidir.
- İşçi, emekli olduğunda sahip olacağı ancak daha sahip bulunmadığı hakkının değiştirilmesi konusunda iddialarından veya haklarından feragat edebilir.
- Kanunda istenmemesine rağmen emeklilik yardımlarının da görüşüldüğü kanıtlanmalıdır⁸⁷.

⁸⁷ Kenneth-Sovereign, s.123–124; Bennet-Alexander&Pincus, s.335; Jeffrey J Kros. (Aug 2005); ‘*Worldatwork to Weigh in on Erie County*’, Workspan, Vol.48, Iss.8.

4.5. İtiraz ve İspat Yükümlülüğü

ADEA'ya göre, yaşı nedeniyle birini işe almamak, işten çıkarmak, kişinin beklediği tazminat, süre, koşullar veya istihdam hakkında herhangi bir kişiye karşı ayrımcılık yapmak, kişiyi yaşı nedeniyle sınırlamak, farklı davranmak veya herhangi bir kişiyi istihdam fırsatlarından yoksun bırakmak veya yoksun bırakmaya meyil etmek veya muhalefet ederek işinin durumunu etkilemek, bir işçinin ücret oranını azaltmak işveren için kanun dışıdır [kısım 4(a)]. Kanuna göre, işverenin yaş dışındaki herhangi bir makul nedene dayanarak farklı davranması mesela, kıdem esası veya işçinin herhangi bir yardım planı, iyi bir nedenle işten çıkarması kanun dışı değildir⁸⁸.

ABD, insan kaynakları yönünden özgür bir ülke olmasına rağmen “yaşlandıkları” için farklı muameleye maruz kaldıklarını ispatlayabilen çok az bir grup bulunmaktadır. Beş yıldan az deneyimi olan polisleri ücret zammıyla ödüllendiren sistemin, gençleri yaşlılara (40 yaş üstü) karşı “kayırdığını” ispatlayan polisler, yaşlandıkları için ayırım yapıldığını kanıtlamışlardır⁸⁹. Bir işverenin yaşlı işçilere karşı davranışının ayrımcılık olup olmadığını tanımlamak mahkemelere kalmıştır⁹⁰.

Yaş ayrımcılığı davaları, diğer ayrımcılık olaylarından iki kat hızlı artmıştır. ADEA'ya göre davacının, jürili yargılama ve zararının belirlenmesi hakkı bulunmaktadır. ADEA, jürili davalara izin veren tek ayrımcılık karşıtı kanundur. Jüri olarak seçilen kişilerin ortalama yaşının 40 yaş civarı olması nedeniyle bu kişilerin şimdi veya geçmişte işçi olarak çalışıyor veya çalışmış olmalarından dolayı işverenlere fazla sempatiyelerinin bulunmadığını söylemek mümkündür⁹¹.

İşçinin, işverene karşı farklı muamele ve farklı etki şeklinde iki iddiası söz konusu olabilir. Farklı muamele, korunan sınıfın üyesi olması nedeniyle işçiye diğer işçilerden farklı muamele uygulanmasıdır. Farklı muamele, mesela, başvuranın yaşı nedeniyle işe alınmadığı zaman söz konusu olmaktadır. Farklı etki ise işverenin bir kuralı veya ilkeyi bir gruba diğerlerinden farklı bir şekilde uyguladığında söz konusu olmaktadır. Örneğin, bütün otobüs şoförlerinin 20/20'de görme yetisine

⁸⁸ Bennet-Alexander&Hartman, s.435.

⁸⁹ Özer.

⁹⁰ Milton Zall. (Apr 1998); 'Age Discrimination', Managing Office Technology, Vol.43, Iss.3, s.9.

⁹¹ Kenneth-Sovereign, s.121; David Neumark. (Jul 2003); 'Age Discrimination Legislation in the United States', Contemporary Economic Policy, Vol. 21, Iss.3.

sahip olmaları istendiğinde, bu kural otobüs şoförü olabilecek yaşlı işçilerde sınırlayıcı bir etkiye sahip olabilecektir. Bu kural, aslında iyi görmeye sahip olan ve olmayan arasında da ayrımcılıktır. Soru, bu kuralın doğru olup olmadığıdır. Mesela, kişi, iş nedenleri ile haklı olarak işten çıkarılabilir ve bu durum kabul edilebilir. Farklı etkiyle ilgili bir davada ikinci derece mahkeme kararında, maaş tablosunun altıncı adım veya üzeri öğretmenlerin işe alınmalarını kesinlikle yasaklayan politikanın yanlış olduğu ifade edilmiştir. İşçi, mahkemenin farklı etki ilkesine yeterli kanıt olarak kabul ettiği 40 yaş ve üzeri bütün öğretmenlerin %92.6 oranında altıncı adımda veya üzerinde olduğunu kanıtlamıştır. Farklı etki iddiasının kanıtlanmasında, işçi, kuralın korunan sınıfın üyeleri üzerinde “önemli ayrımcı etki”ye sahip olduğunu göstermelidir⁹².

İşçiler, ADEA'nın koruması altında olduğunda, genellikle o yaşta olmasaydı sözleşmesinin sona erdirilmeyeceğini iddia etmektedirler⁹³. İşçi, işverenin kendisi hakkında yaş temeline dayalı bir karar verdiği inaniyorsa, ADEA'ya dayanarak işverenine karşı dava açıp, Sivil Haklar Kanunu başlık VII'de düzenlenmiş olan ispat yöntemiyle yaş ayrımcılığını ispatlayabilir. İşçi, yaş ayrımcılığı iddiasında mahkemede korunan sınıfta olduğunu⁹⁴, işten çıkarıldığını veya pozisyonunun indirildiğini, işini tatmin edici bir şekilde yaptığını ve korunan sınıfta olmayan diğerlerine daha iyi davranıldığını veya başka bir işçiyle yerinin değiştirildiğini ispatlamalıdır. İşçi, yaşı nedeniyle işe alınmadığını iddia ettiğinde, hem pozisyon için niteliklere sahip olduğunu hem de bu pozisyona başvurduğunu göstermelidir. Korunan sınıftan bir işçi başka bir işçi ile değiştirildiğinde, mahkemeler işçiden ayrımcılık olduğuna dair mahkemeyi ikna edecek kanıtlar sunmasını istemektedirler. İşverenin ayrımcılık niyetiyle ilgili doğrudan kanıt sunulması, kanı veya sonuç çıkarma olmaksızın bir gerçeğin varlığının ispatlanması şeklindedir. Ancak, günümüzde birçok işveren, “*yıllardır Katolik birini işe almadım*” gibi ayrımcılık niyetinin, “*bir kadın bu işle başa çıkamaz*” gibi açık ayrımcılık işaretinin veya işe başvurularda veya personel dosyaları kayıtları gibi herkes tarafından bilinen kanıtın ortada bırakılmaması konusunda oldukça bilinçlidir. Dolayısıyla, doğrudan kanıt yolu biraz zordur, davacının, ayrımcılıkla ilgili doğrudan, güvenilir kanıtlarının olduğu istisnai durumlar olmakla birlikte oldukça

⁹² Bennet-Alexander&Pincus, s.339.

⁹³ Kenneth-Sovereign, s.122.

⁹⁴ Korunan sınıfın üyesi olmak, işçi 40 yaşında veya daha yaşlı olduğunu ispatlamalıdır (Bennet-Alexander&Pincus, s.324).

azdır. Kişilerin “nitelikleri”nin subjektif yorumlara açık olmasından dolayı ispat kolay bir yol değildir. Bu, işçinin yaşıyla ilgili “*bizim safa yeni genç kan almalyız*” gibi ifade veya belgeler veya diğer anlamda kanıtlar yoluyla ayrımcılığı ortaya koyan kanıtlar şeklinde olabilir. Bunun dışında kişi, işverenin, yaşlı işçilere genç işçilerden daha kötü davrandığını dair istatistiki bilgiler sunabilir veya birçok davacının seçtiği Yüksek Mahkeme tarafından 1973 yılında tasarlanan ayrımcılık sonucu çıkarma testine ikna etmeye çalışabilir. Mahkemelerden sürekli olarak işverenin, yaşlı işçiye karşı bir hareketinin “*ayrımcılık*” olup olmadığının tanımlanması istenmektedir. Ayrımcılık iddiaları ve deliller arasında bağlantının olması gerekli bulunmaktadır⁹⁵.

ADEA'nın kabul edilmesiyle mahkemeler, işçinin değiştirildiği işçinin 40 yaşın altında olup olmaması gerektiği konusunda bölünmüşlerdir⁹⁶. Yüksek Mahkemenin, “*işçilere karşı ayrımcılık yasak değildir, çünkü onlar 40 ve daha yukarı yaşadılar; yaşları nedeniyle işçilere ayrımcılık yasaktır, fakat korunan sınıfın sınırları 40 yaş ve daha yukarıdır*” şeklinde ifadesi bulunmaktadır. Mahkeme, ayrıca davacının 40 yaşın altında birisiyle değiştirildiği gibi kendisinden önemli ölçüde genç birisiyle değiştirildiğini gösterebilmesinin davacının yaş ayrımcılığı iddiasına yararlı olacağını da ifade etmiştir⁹⁷. Yüksek Mahkemenin verdiği bir kararda, oniki yıllık bölge satış müdürü olan 56 yaşındaki işçi, işinden kovulmuş ve bir ay içinde 40 yaşında biriyle değiştirilmiştir. İşçi, işverenin “*bu tür işler için çok yaşlı*” ve “*şirkete genç kan kazandırmaya başlamalyız*” gibi küçük düşürücü yorumlar yapmaya başladığını iddia etmiştir. Bununla birlikte, Federal Mahkeme değiştirilenin 40 yaşında olması nedeniyle işçinin dava hakkının olmadığına karar vermiştir⁹⁸. Bu davada, Federal Mahkemeye aynı fikirde olan Yüksek Mahkeme, “*korunan sınıftan bir kişinin korunan sınıftan bir diğer kişiyle değiştirilmesi nedeniyle işçinin işini yaşı nedeniyle kaybettiği, süreçte konu dışıdır*” sonucuna varmıştır. Ayrıca Mahkeme, önceki işçinin korunan 40 yaş sınıfından daha genç biriyle değiştirilmesi yerine “*esasen daha genç*” biriyle değiştirilmesinin yaş ayrımcılığının yapıldığı

⁹⁵ Bennet-Alexander&Hartman, s.432–433; Bennet-Alexander&Pincus, s.324–325; Kenneth-Sovereign, s.121, dn.12; Peng-Kleiner'dan Rich, 1996; Zall; Bible, ‘*Grosjean...*’.

⁹⁶ Peng-Kleiner. İşçinin değiştirildiği işçinin 40 yaşın altında olmasının gerekli olmadığı ifade edilmektedir (bkz. Kenneth-Sovereign, s.121, dn.12).

⁹⁷ Zall, ‘*Age Discrimination*’, s.9.

⁹⁸ Peng-Kleiner'den Brown, 1996.

konusunda daha iyi bir işaret olduğunu ifade etmiştir. Alt mahkeme kararları Yüksek Mahkeme tarafından bozulduğunda, 40 yaşındaki biri 39 yaşındaki biriyle değiştirildiğinde, bir ADEA davası ileri sürülebilir, fakat işverenin yaş temelli küçük düşürücü sözleri iddiasına rağmen 56 yaşındaki bir işçinin 40 yaşındaki bir işçiyle yer değiştirmesi gözönüne alınmayabilir⁹⁹. Yüksek Mahkemenin kararı, bütün soruları cevaplamamıştır. Gerçi Mahkeme, yaş ayrımcılığında bir gösterge olarak yer değiştirilen işçide “*esasen daha genç*”e gönderme yapmış olmakla birlikte ne kadar genç olması gerektiği konusunu açıklığa kavuşturmamıştır. Bu, “*genç kan*” yorumları gibi diğer kanıtlara bağlı olmaktadır¹⁰⁰.

İşçi, işverenin davranışıyla ilgili kanıtlarını sunduğunda, hareketin ayrımcılık olmadığı ve kanuni olduğunu ispatlama yükümlülüğü işverene geçmektedir¹⁰¹. Yaş ayrımcılığı davalarında, işveren istihdam kararında yaşın bir faktör olmadığını ispatlamalıdır¹⁰². İşveren, işçinin işine son verme kararının yaş temelli olmadığını göstererek kendini savunabilir¹⁰³. Eşit İstihdam Fırsatları Komisyonu (the Equal Employment Opportunity Commission-EEOC), işverenin ADEA altında yaş ayrımcılığı davasında kanıtlaması gerekenleri tanımlamaktadır. Bunlar, iş için aslında makul bir yaş sınırının gerekli olduğu, bu yaşın üzerindeki kişilerin hepsinin veya büyük bir kısmının işin gerektirdiklerini yerine getiremeyecekleri ve yaş bir kenara bırakıldığında bazı kişilerin gözönüne alınamayacağıdır. Ayrımcılığın doğrudan gerçekleşmesi halinde nedenin ispatlanmasına gerek bulunmamaktadır. İşverenin istihdam kararının, işçinin yaşına dayalı olduğu kabul edildiğinde veya işveren vekilinin “*çok yaşlı*” veya genç başvuranları işe almanın daha ucuz olabileceğini ifade ettiği zaman ayrımcılık söz konusu olabilir¹⁰⁴.

Doğrudan kanıtların ne olduğu her zaman açık değildir¹⁰⁵. Davacının tatmin edici olmayan performansıyla ilgili olarak uyarılmış olması, işçinin yaş temelli karar mücadelesini çürütmek için güçlü bir savunmadır. Mesela bir davada, davacı 20 yıldır satıcı olarak bulunmaktadır. Satış kotası,

⁹⁹ Peng-Kleiner'den Schroder, 1997.

¹⁰⁰ Peng-Kleiner.

¹⁰¹ Bennet-Alexander&Pincus, s.326.

¹⁰² Kenneth-Sovereign, s.121, dn.13.

¹⁰³ Kenneth-Sovereign, s.122, dn.14.

¹⁰⁴ Bennet-Alexander&Pincus, s.327, 337.

¹⁰⁵ Bennet-Alexander&Pincus, s.337.

orta derecede başarılı olmakla birlikte şirkete göre işinin diğer aşamalarında yetersizdir. Şirket, işçinin müşterilerle satış tekniklerini oluşturmadığı ve yönetim politika ve talimatlarını izlemediği gibi subjektif deliller sunmuştur. Ayrıca, idarecinin sorunu çözmek için işçiyle birkaç toplantı düzenlediği, işçinin eleştirileri kabul ettiği, daha iyi bir şekilde yapmak için hızla değişmeye çalıştığı ancak yapmadığı ortaya konmuştur. Bu kanıt, subjektif değerlendirme izlenimi vermiştir. İşçinin, işine son verildikten sonra 28 yaşında biriyle değiştirilmiştir. Mahkeme, işçiye tazminat ödenmesi yönünde karar vermiştir. Maliyetleri azaltmak için yaşlı işçilerin genç işçilerle değiştirilmesi zaman zaman tartışma konusu olmaktadır¹⁰⁶.

Mahkeme yaş ayrımcılığı olaylarında, tazminata karar verilmesi, eski pozisyona geri dönme, kaybedilen ücret, emeklilik yardımları, sigorta yardımları gibi geri ödemelerin yapılması gibi farklı çözümlere karar verebilir. Ayrıca, işçi mahkeme masraflarını da alabilir¹⁰⁷.

5. SONUÇ

Ayrımcılık, kişilere sahip oldukları kişisel özellikleri veya bir gruba üye olmaları nedeniyle diğer kişilerden farklı davranılmasıdır. Ayrımcılık, ayrımcılığa maruz kalan kişiler açısından olumsuz sonuçlar doğurmaktadır ve etkileri büyüktür. Yaş ayrımcılığı, kişilere yaşlara nedeniyle diğer kişilerden farklı davranılmasıdır. Çalışma yaşamında her yaş grubundan kişilerin yaş ayrımcılığı ile karşılaşması mümkün olmakla birlikte yaş ayrımcılığından en çok yaşlılar etkilenmektedir.

ABD’de, çalışma yaşamında yaş ayrımcılığını önlemeye yönelik düzenlemeler yapılmakla birlikte yaş ayrımcılığının önünde cinsiyet ve ırk ayrımcılığının ulaştığı noktaya ulaşmaya kadar gidilmesi gereken uzun bir yol olduğu ifade edilmektedir. ABD’de, çalışma yaşamında yaş ayrımcılığını engellemek amacıyla yapılan düzenlemede yaş sınırı bulunmaktadır. ADEA’ya göre, ancak 40 yaşın üzerindeki kişilerin ayrımcılık iddiasında bulunabilmesi mümkündür. Ayrıca, ADEA 20 veya daha fazla işçi çalıştıran işverenlere uygulanmaktadır.

¹⁰⁶ Kenneth-Sovereign, s.122.

¹⁰⁷ Bennet-Alexander&Pincus, s.341.

Yaş ayrımcılığı düzenlemelerinde kişilerin yaşları nedeniyle çalışma ilişkisinin herhangi bir aşamasında farklı muameleyle karşılaşmaları kanun dışı kabul edilmektedir. Ancak işin niteliğinden kaynaklanan nedenlerle işverenlerin yaş nedeniyle farklı muamelede bulunmasına istisnai olarak izin verilmektedir.

ABD’de işçilerin gönüllü emekliliği ADEA’yı ihlal anlamına gelmemektedir ve işverenlerin işçilerin erken emekliliği halinde 65 yaşında emekli olduklarında alacakları ödemeyi kendilerine yapmaları da ADEA’yı ihlal oluşturmamaktadır. Ancak, hemen hemen bütün erken emeklilik programları işçiye feragatname veya serbest bırakma imzalatılmasını istemektedir.

Yaş ayrımcılığı davalarında ADEA’ya göre davacının, jürili yargılama ve zararının belirlenmesi hakkı bulunmaktadır ve ADEA, ABD’de jürili davalara izin veren tek ayrımcılık karşıtı kanun olarak karşımıza çıkmaktadır. İşçi, işverenin ayrımcı davranışıyla ilgili kanıtlar sunduğunda hareketin ayrımcı olmadığı ve kanuni olduğunu ispatlama yükümlülüğü işverene geçmektedir. Mahkeme, yaş ayrımcılığı davalarında tazminata karar verilmesi, eski pozisyonuna geri dönme, kaybedilen ücret, emeklilik yardımları gibi ödemelerin yapılması yönünde çözümlere karar verebilmektedir.

Kanuni düzenlemelerin yaş ayrımcılığını önleme konusunda katkısının bulunduğu yadsınamaz bir gerçektir. Bununla birlikte yapılan kanuni düzenlemelerle yaşlı işçilere karşı işverenlerin ve toplumun davranışlarında şimdiye kadar önemli bir değişiklik olduğuna dair açık bir kanıt da bulunmamaktadır. Bu uzun bir süreçtir ve kanuni düzenlemelerin yapılmasının tek başına yeterli olduğunu söylemek mümkün değildir. Yapılan düzenlemelerin uygulanmasını sağlamanın dışında işverenlerin yaşlı işçiler hakkındaki olumsuz düşüncelerini ortadan kaldırabilmek amacıyla destekleyici politikaların yürürlüğe koyulması yararlı olacaktır. Ayrıca yaşlı işçilerin çalışma yaşamında daha uzun süre kalmalarını sağlayabilmek için yaşam boyu eğitime önem verilmesi de bir gereklilik olarak karşımıza çıkmaktadır.

KAYNAKLAR

‘Age Discrimination and European Law, Fundamental Rights&Anti-Discrimination’. (April 2005)
European Commission
[http://europa.eu.int/comm/employment_social/publications/2005/ke6805147_en.pdf (04.07.2006)].

'Age Discrimination Legislation: Choices for the UK'

[www.jrf.org.uk/knowledge/findings/socialpolicy/711.asp (03.07.2006)].

Ageing and Employment Policy, United Kingdom. (2004); OECD, Paris.

Ageing and Later Life (Ed. Julia Johnson-Robert Slater). (1993); The Open University, Sage Pub., London.

'Ayrımcılığa Karşı Etkili, Sürekli ve Ortak Mücadele' (Çev. Mustafa Kemal COŞKUN). (Şubat 2005); Uluslararası Hür Sendikalar Konfederasyonu 18. Dünya Kongresi Miyazaki, 2–10 Aralık 2004, Sendikal Notlar, S.25, ss.104–111.

'Briefing Experience of Age Discrimination: the Evidence'

[<http://www.taen.org.uk/Publications/Brief%20EvidenceAge10-04.pdf> (04.07.2006)].

'Discrimination Law' [<http://kazarosian.com/discrimination.htm> [15.01.2007]].

'Elimination of Discrimination in Respect of Employment and Occupation'

[http://www.ilo.org/dyn/declaris/DECLARATIONWEB.static_jump? (13.08.2007)].

'Employment Discrimination' [<http://www.cityofdubuque.org/index.cfm?pageid=394>

(08.01.2007)].

'Equality at Work: Tackling the Challenges'. (2007); International Labour Conference 96th Session 2007 Report I(B), ILO, Geneva.

'Facts About Age Discrimination', The U.S. Equal Employment Opportunity Commission [<http://www.eeoc.gov/facts/age.html> (20.02.2006)].

'Older People in Working Life Presentation of Relevant Actions by Local and Regional Authorities'. (2003); Brussel.

'Time for Equality at Work'. (2003); International Labour Conference 91st Session 2003 Report I(B), ILO, Geneva.

'Understanding Discrimination' [http://www.un.org/cyberschoolbus/discrim/id_8_ud_race.asp (11.01.2007)].

'What does the Supreme Court's Age Discrimination Decision Mean for Your Company'. (May 2005); HR Focus, Vol.82, Iss.5, pp.4–5 [<http://proquest.umi.com/pqdweb?did=841849361&sid=8&Fmt=3&clientId=41947&RQT=309&VName=PQD> (05.07.2006)].

Bible, Jon D.. (Fall 2005); *'Right Without a Remedy?: Supreme Court Allows Disparate Impact Claims under the ADEA'*, Labor Law Journal, Vol.56, Iss.3, pp.161-171 [<http://proquest.umi.com/pqdweb?did=910276911&sid=3&Fmt=3&clientId=41947&RQT=309&VName=PQD> (02.07.2006)].

Bible, Jon D.. (Summer 2004); *'Grosjean V. First Energy Corp.: The Relevance of Age Differentials in a Prima Facie ADEA Case'*, Labor Law Journal, Vol.55, Iss.2, pp.112-118

[proquest.umi.com/pqdweb?did=695028301&sid=6&Fmt=3&clientId=41947&RQT=309&VName=PQD (05.07.2006)].

Büsch, Victoria-Königstein, Manfred. (Temmuz 2001); *'Age Discrimination in Hiring Decisions a Questionnaire Study'* [<http://www.cepii.fr/anglaisgraph/communications/pdf/2001/enepri07080901/busch-kong.pdf> (04.07.2006)].

Cavanagh, Matt. (2003); *Against Equality of Opportunity*, Clarendon Pres, Oxford.

Connolly, Michael. (2004); *Townshend-Smith on Discrimination Law: Text, Cases and Materials*, Edt.2, Cavendish Pub., Great Britain.

Grossman, Joanna. *'Accidental Age Discrimination?: The Supreme Court Considers The Viability of 'Disparate Impact' Claims'* [<http://writ.news.findlaw.com/grossman/20041116.html> (27.01.2007)].

Hepple, Bob. (2001); *'Equality and Empowerment for Decent Work'*, International Labour Review, Vol.140, No.1, ss.5–18.

Kros, Jeffrey J.(Aug 2005); *'Worldatwork to Weigh in on Erie County'*, Workspan, Vol.48, Iss.8 [<http://proquest.umi.com/pqdweb?did=879125251&sid=3&Fmt=3&clientId=41947&RQT=309&VName=PQD> (02.07.2006)].

Lapointe, Martin K.-Fogarty, Jr John G.. (Summer 2004); *'A 'Means to an End': The Cline Court's Pragmatic Refusal to Allow Reverse Discrimination under the ADEA'*, Labor Law Journal, Vol.55, Iss.2, pp.85-98 [<http://proquest.umi.com/pqdweb?did=695028291&sid=6&Fmt=3&clientId=41947&RQT=309&VName=PQD> (05.07.2006)].

Macnicol, John. (2006); *Age Discrimination An Historical and Contemporary Analysis*, Cambridge University Press, Cambridge.

Martucci, William C.-Smith Eric W.. (Winter 2001); *'Old Enough to Vote, Old Enough to Sue-Recent Developments in State Age Discrimination Law'*, Employment Relations Today, Vol.27, Iss.4, pp.97-103.

Neumark, David. (Jul 2003); *'Age Discrimination Legislation in the United States'*, Contemporary Economic Policy, Vol.21, Iss.3 [<http://proquest.umi.com/pqdweb?did=376654431&sid=5&Fmt=4&clientId=41947&RQT=309&VName=PQD> (05.07.2006)].

Nixon, Mike. (21.05.2005); *'Commentary: Employers Cautioned on Unintended Age Discrimination'*, St. Charlars County Business Record, [<http://proquest.umi.com/pqdweb?did=842965771&sid=8&Fmt=3&clientId=41947&RQT=309&VName=PQD> (05.07.2006)].

Onur, Bekir. (1991); *Gelişim Psikolojisi, Yaşlılık, Ölüm*, B.2, Verso Ya., Ankara.

Peng, Berlinda-Kleiner Brian H. (1999); *'New Developments in Age Discrimination'*, Equal Opportunities International, Vol.18, Iss.1-4, pp.72-76 [http://proquest.umi.com/pqdweb?did=294844151&sid=5&Fmt=3&clientId=41947&RQT=309&VName=PQD (05.07.2006)].

Phomphakdy, Ratsamy-Kleiner, Brian H.. (1999); *'How to Eliminate Discrimination in the Workplace'*, Equal Oppurtunities International, Vol.18, Iss.2-4, pp.43-46 [http://proquest.umi.com/pqdweb?did=294844081&sid=5&Fmt=3&clientId=41947&RQT=309&VName=PQD (05.07.2006)].

Schulte, Bernd. *'Age Discrimination in Europe'* [http://www.univie.ac.at/impactofageing/pdf/schulte.pdf (04.07.2006)].

Segrave, Kerry. (2001); *Age Discrimination by Employers*, McFarland&Company Inc. Publishers, United States of America.

Shuler, Phillip. (Jun 2005); *'Supreme Court Expand Age Discrimination Act, but Limits Impact of Ruling'*, Louisiana Contractor, Vol.54, Iss.6 p.39 [http://proquest.umi.com/pqdweb?did=855247181&sid=8&Fmt=3&clientId=41947&RQT=309&VName=PQD (05.07.2006)].

Skapinker, Michael. (25.05.2005); *'The Demographic Tide will Sweep Away Age Discrimination'*, Financial Times, London, p.13 [http://proquest.umi.com/pqdweb?did=844353371&sid=8&Fmt=3&clientId=41947&RQT=309&VName=PQD (05.07.2006)].

Thompson, Sue. (2005); *Age Discrimination*, Russel House Pub., Oxford.

Tomei, Manuela (Çev. Şerife Geniş). (Kasım 2004); *'Çalışma Hayatında Ayrımcılık ve Eşitlik: Kavramsal Bir Değerlendirme'*, Sendikal Notlar, S.24, ss.56-75.

Zall, Milton. (Apr 1998); *'Age Discrimination'*, Managing Office Technology, Vol.43, Iss.3, p.9 [http://proquest.umi.com/pqdweb?did=28595865&sid=5&Fmt=3&clientId=41947&RQT=309&VName=PQD (05.07.2006)].

Zall, Milton. (Apr 2000); *'Age Discrimination-What is It Besides Illegal?'*, Fleet Equipment, Vol.26, Iss.4, pp.39-41 [http://proquest.umi.com/pqdweb?did=52943753&sid=04&Fmt=4&clientId=41947&RQT=309&VName=PQD (05.07.2006)].

<http://www.census.gov/population/projections/nation/summary> (15.03.2007).

http://www.direct.gov.uk/en/Employment/Employees/DiscriminationAtWork/DG_10026557 (23.02.2007).

<http://www.milliyet.com.tr/1997/03/25/yasam/akil.html> (12.08.2005).